# DISSERTATION

SUR

# LE SAISISSEMENT

DANS LES DIFFÉRENS ACTES TRANSLATIFS DE PROPRIÉTÉ, SUIVANT LE CODE CIVIL;

SUIVIE

D'UNE NOTE SUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN.



DE L'IMPRIMERIE DE RIGNOUX.

# DISSERTATION

SUR

# LE SAISISSEMENT

DANS LES DIFFÉRENS ACTES TRANSLATIFS DE PROPRIÉTÉ,
SUIVANT LE CODE CIVIL;

EN RÉPONSE A UN ARTICLE DE LA THÉMIS,
août 1823, 31[e] livraison;

SUIVIE

D'UNE NOTE EXTRAITE DU DISCOURS DE RENTRÉE DU COURS DES PANDECTES, EN RÉPONSE A UN ARTICLE DE LA REVUE ENCYCLOPÉDIQUE, TOUCHANT L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN DANS LES FACULTÉS DE DROIT DU ROYAUME;

PAR M. COTELLE,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

A PARIS,
Chez ALEX-GOBELET, Libraire, rue Soufflot, N° 4,
près l'École de Droit.

1824.

# SOMMAIRE.

---

# DISSERTATION

SUR

# LE SAISISSEMENT

DANS LES DIFFÉRENS ACTES TRANSLATIFS DE PROPRIÉTÉ, D'APRÈS LE CODE CIVIL.

En réponse à l'article de la Thémis, 3e livraison, août 1823, ayant pour titre : *De l'Aliénation soit totale, soit partielle du droit de propriété, par l'effet des conventions ou autres actes entre-vifs.*

I. Ce titre de l'article suppose, je crois, à tort, que l'effet du transport de la propriété, par les conventions et autres actes entre-vifs, part d'un principe unique, et dépend de la résolution d'une seule question générale. On paraît tirer cette conclusion singulière du rapprochement de l'article 711 du Code avec les articles 1138, 2182, 938 et 1583. A la vérité, en rapprochant ces mêmes articles des articles 1141, 2279, 1238, 1303, 939, 941, 2181, 2189 et 2198, on avoue que l'on trouve une contradiction inconciliable : qu'il en naît deux systèmes opposés diamétralement, qu'on ne saurait accorder ensemble. Autant valait dire que de cette étrange macé-

doine il ne peut sortir que confusion et obscurité.

Ce n'est pas que le Code soit parfait sur tous les points qu'il a embrassés à cet égard, et l'on ne peut, comme on va le voir, se refuser à reconnaître qu'en se plaçant entre différens systèmes et en les écartant par un tâtonnement inconcevable, il a laissé sur le point le plus important, qui est le principal de la question présente, une lacune fort considérable, en ne faisant aucun réglement sur ce point, et en ne laissant percer aucune vraie raison de décider.

C'est ce que j'ai déjà établi dans mon livre des Priviléges et Hypothèques (1), qu'apparemment l'auteur n'a pas connu, puisqu'il n'en parle pas, et qu'il cite tous ceux qui ont fait quelque mention de ce point. Cette lacune ou paraît n'avoir point été aperçue par tous les auteurs que l'on cite, ou ils n'ont pas voulu la découvrir. On ne pense pas cependant qu'ils aient eu ce scrupule d'un grand nombre d'interprètes des lois romaines, qui, se faisant un point de religion de n'y point reconnaître d'antinomies, ont préféré d'expliquer les plus formelles et les plus incontestables par de mauvais raisonnemens.

Ce n'est pas en groupant ainsi, pour les amener

(1) Imprimé en 1820 chez le libraire Desoer, rue Christine.

à un même sens, des articles qui ont chacun leur objet particulier, que l'on peut faire une juste interprétation du Code. On cherche d'ailleurs à résoudre une question générale qui n'existe pas, et à soumettre à un seul et même principe des lois diverses, qui ont chacune leur principe particulier et une règle immuable qui les gouverne.

II. La base de la discussion que l'on établit ici est dans l'article 711, dont on veut faire sortir l'article 1138, comme une simple conséquence, et que l'on veut faire régner sur tous les autres articles. On fait ce raisonnement qui peut paraître séduisant : l'article 711, dit-on, établit que l'on peut acquérir la propriété par l'effet des conventions ; il faut donc reconnaître que la convention, le seul consentement opère le transport de la propriété d'une personne à une autre.

Mais c'est un raisonnement fautif et une fausse conclusion que l'on tire de l'article 711. Lorsqu'il dit en général que la propriété s'acquiert par l'effet des obligations et des contrats, cela signifie par l'effet des obligations revêtues des conditions et des formes établies pour cela.

Dans tous les cas de transports par actes volontaires, l'acte est toujours le principe et la cause du transport : cela ne saurait expliquer seul com-

ment l'effet sort de cette cause. Il y a différentes espèces de transports volontaires, et chacune a sa nature et ses règles particulières.

L'engagement par voie d'hypothèques, par exemple, est une espèce des causes de l'acquisition par l'effet des conventions ; mais, quoique la condition de celui qui aliène ainsi soit bien de subir la perte et le dessaisissement de sa propriété à défaut de paiement de la dette au terme convenu, il ne s'ensuit pas que ce dessaisissement ait lieu à ce terme et de plein droit : il est soumis à des formalités qu'il faut remplir. Il en est de même des différentes voies de dessaisissement volontaire; chacune a ses formes propres qui doivent être remplies, et il n'en est pas moins vrai que l'acquisition qui s'ensuit pour celui au profit de qui le dessaisissement est consenti, forme une acquisition par l'effet des obligations et des conventions. Remarquez que l'article 711 ne parle ni de l'effet immédiat, ni de l'effet médiat. C'est l'effet qui doit avoir simplement la volonté pour cause ; il n'est donc pas d'un juste raisonnement de lier l'article 711 avec tous ceux du Code où il est question du transport de la propriété, et qui en règlent l'effet soit médiat, soit immédiat.

III. Or les actes de la volonté par lesquels on

se dessaisit de la propriété au profit de quelqu'un qui l'acquiert par cette voie, sont la vente, la donation entre-vifs, l'abandon et la cession, l'engagement par voie de nantissement et d'hypothèques ; joignez-y la constitution dotale, l'apport et l'ameublissement à la communauté conjugale, enfin la mise dans une société que l'on contracte.

On ne disconviendra pas sans doute que toutes ces voies de transport direct ou indirect ne partent pas d'un seul et même principe ; c'est autant d'actes différens qui ont leurs règles et leurs effets propres.

IV. Je commence par la vente, parce que c'est la voie la plus ordinaire de transport par acte de la volonté ; c'est elle aussi qu'ont eu en vue tous ceux qui ont traité le point qui nous occupe. L'habitude que l'on s'est faite de dire sur presque toutes les matières, que tel point du droit romain est différent dans le droit français, a souvent égaré et fait perdre la trace des règles d'après lesquelles un tel point peut et doit se décider.

Il y a deux vérités qui ne doivent jamais être perdues de vue.

La première, c'est que le Code civil n'est qu'un résumé de la jurisprudence, bas étant sur les lois

romaines que sur celles de nos coutumes qui ont ou suivi une marche différente, ou adopté, dans les opinions divergentes des interprètes, celle qui a paru la plus conforme à l'équité naturelle, à laquelle nous nous sommes principalement rattachés.

La deuxième, c'est que toute dérogation aux principes du droit que nous ne suivons que comme raison écrite doit avoir des motifs d'utilité publique bien expliqués, ou pris dans des usages et une politique intérieure que nous ne pouvons méconnaître.

Ce sont des vérités que l'on doit toujours avoir en vue quand on explique quelque point de droit positif par des règles soit conformes, soit contraires au droit romain. Dans le dernier cas il faut toujours se dire : Quelle utilité y a-t-il à ce changement introduit ou que l'on veut introduire ?

V. Certainement la vente a eu dans notre ancien droit des différences que l'on pourrait regarder comme des dérogations au droit romain. Par exemple, la maxime *non nudis pactis, sed traditionibus dominia transferuntur*, a été changée non en tout, mais dans une bonne partie de ses applications. Il faut en dire le sujet. Les seigneurs féodaux ayant su se réserver des droits à toutes

les mutations par des transports de propriété, il a été naturel d'assurer dans les formes la perception de ces droits. C'est ainsi que dans beaucoup de nos coutumes, particulièrement celles du nord, on ne s'est cru assuré de ces droits que par des actes de nantissement judiciaires qui étaient quelque chose de plus compliqué que la tradition qu'exigeait le droit romain. Ainsi, dans ce système il n'y avait pas de véritable transport de propriété à l'égard des tiers, que par ces formalités du nantissement judiciaire, du vest et dévest, solennités usitées dans les pays régis par ces coutumes.

Mais dans la France proprement dite, qui était l'immense ressort du parlement de Paris, on avait généralement renoncé à ces formalités embarrassantes, et l'on avait admis le dessaisissement consensuel qui suppléait à la tradition, pourvu qu'il fût exprimé par un acte authentique. C'est ce que nous voyons dans les règles du droit français conservées par Loisel, où l'on lit : « Saisine et dessaisine par-devant notaire et té-« moins équipolle à tradition de fait. » Cette maxime est répétée par la coutume d'Orléans, qui est une fille de la coutume de Lorris, l'une des plus anciennes de France.

VI. Cette maxime a fait établir une clause qui

est encore dans presque tous les contrats de vente. Il est peut-être même à regretter que les jeunes notaires en se piquant d'une rédaction plus élégante ne craignent pas de supprimer cette clause. On va voir combien il est au contraire utile de la conserver.

La recherche d'une élégante rédaction est véritablement un vice, si elle va jusqu'à supprimer et faire oublier du protocole des clauses qui n'ont d'autre objet que de rappeler nos anciennes maximes. Les Desfontaines, les Mazuer, les Imbert, et Loisel lui-même n'étaient assurément pas des praticiens obscurs et ignorans.

Mais cet état de choses n'a-t-il pas subi des changemens trop essentiels ? C'est là qu'il faut chercher la source de nos débats d'aujourd'hui.

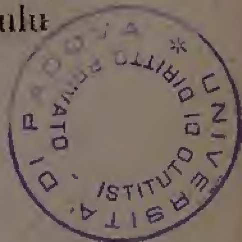
VII. D'abord, ce qui avait été fait pour le transport de la propriété s'était aussi appliqué aux hypothèques, d'où était venue la différence des systèmes ou régimes hypothécaires qui ont été un obstacle perpétuel à l'établissement d'un régime uniforme et unique, propre à assurer également et les créanciers hypothécaires et les acquéreurs des biens grevés d'hypothèques. Car c'est là le problème que l'on n'est pas encore parvenu à résoudre, de concilier la sûreté des dettes hypothéquées avec celle de la libération

des biens qui ne passent d'une main dans l'autre qu'avec la charge des hypothèques.

Je ne répèterai pas ici ce que j'ai développé dans le chapitre préliminaire de mon livre de l'Explication du titre des Priviléges et Hypothèques.

L'ancien système de l'hypothèque qui n'existait que dans le contrat entre les parties, et qui ne devait se manifester à l'égard des tiers, que par la discussion des biens et l'opposition, et le système de la publicité des hypothèques, ont fait l'objet de discussions qui ont eu lieu, ou plutôt qui se sont renouvelées depuis la révolution. La loi de messidor an IV avait outré le système de la publicité ; celle du 11 brumaire an VII l'avait ramené à de plus justes mesures ; mais pourtant en omettant quelques tempéramens qui l'auraient rendu à toute son utilité.

Mais cette omission de quelques tempéramens a suffi pour soulever contre ce système, et dans la discussion du Code civil on a remis en question tout ce qui avait été débattu ; puis après l'on a mis en présence ce système d'une part, et d'autre part celui de l'action hypothécaire et de l'opposition modifié par l'édit de 1771. Cet édit contre lequel s'était élevé un cri univoque de toutes les parties de la France a été présenté comme le seul bon système hypothécaire. Ceux qui soutenaient le parti de la publicité n'ayant point voulu



consentir à l'abroger entièrement pour mettre tout l'édit de 1771 à sa place, on ne s'est accordé que par un amalgame qui a un pire effet que si l'on eût adopté simplement l'un ou l'autre des deux systèmes ; car cet amalgame a fait une loi sans unité et sans accord entre ses différentes parties, ce qui est le plus grand vice qu'une loi puisse avoir.

Quoi qu'il en soit, c'est par suite de cet amalgame que l'on a décidé que la transcription ne servirait qu'à préparer la purgation de l'hypothèque, ce qui a ensuite amené à revenir au système de l'opposition ou de l'inscription qui alors la représente dans un délai déterminé; c'est l'objet de l'article 834 du Code de procédure.

VIII. Ce qu'il faut remarquer ici de cette conduite, c'est qu'après avoir tacitement supprimé l'effet de la saisine et dessaisine par devant notaire et témoins, on a aussi détruit l'effet du saisissement par la transcription qui l'avait remplacé. Il n'a donc plus subsisté de mode légal de saisissement dans les actes de transport, à moins qu'on ne les trouve dans les principes de droit reçus à cet égard dans le Code civil.

IX. Or il y a deux dispositions remarquables qui en donnent la mesure.

D'un côté l'article 1138 suivi des articles 1140 et 1141 ; d'un autre côté les articles 1582 et 1583.

En vain s'efforce-t-on de nous faire entendre qu'il y a beaucoup de différence sur cela dans le droit français et le droit romain ; ce sont au contraire les principes les plus purs du droit romain qui sont consacrés par ces articles.

L'article 1138 est une espèce d'anomalie : c'est un report aux obligations en général d'une règle qui n'appartient qu'aux contrats translatifs de propriété.

En effet, il n'est pas vrai, en général, que le créancier devienne par la promesse propriétaire de la chose promise ; cela ne peut être que relativement aux promesses de délivrance de corps certains, et n'a d'autre objet que de dire en d'autres termes ce qui est plus clairement et plus précisément exprimé par l'article 1302 au même titre.

En effet, cet article 1138 dit : « L'obligation « de livrer la chose est parfaite par le seul con- « sentement des parties contractantes : elle rend « le créancier propriétaire et met la chose à ses « risques et périls dès l'instant où elle a dû être « livrée, encore que la tradition n'en ait pas été « faite, etc. »

Ce qui prouve que cet article n'a point d'autre conséquence, que cette mise aux risques et périls,

c'est qu'étant donné pour tous les biens meubles et immeubles, il est suivi,

1° De l'article 1140 qui, pour régler l'effet du transport des immeubles, renvoie au titre du contrat de vente ou au titre des hypothèques.

Là on était frappé sans doute du changement déjà apporté aux anciennes lois sur le point du saisissement. S'il s'agissait de rétablir la saisine et dessaisine par-devant notaire et témoins, c'était au titre du contrat de vente que cela appartenait. Si au contraire on devait s'occuper de régulariser la forme de la transcription en lui conservant l'effet du saisissement, c'était au titre des privilèges et hypothèques.

2° De l'article 1141 qui statue positivement que dans le transport des meubles, ce n'est pas l'antériortié du titre qui décide de la propriété; mais la mise en possession si elle a été faite de bonne foi.

On ne comprend pas trop comment quelques-uns ont pu soutenir l'abrogation de la maxime *non nudis pactis,* si expressément conservée dans tout transport pour les meubles, par cet article.

X. Il est donc bien assuré que l'article 1138 ne peut être isolé pour en faire la loi du saisissement dans tous les actes de transport ; cet article va trouver son explication bien positive dans

les articles 1582 et 1583. L'article 1582 ne définit pas, comme l'a fait un interprète, la vente un contrat par lequel une personne transporte à une autre une chose moyennant, un prix, etc.

Mais suivant les principes du droit uu contrat par lequel une personne s'engage à livrer à une autre une chose moyennant un prix que celle-ci s'oblige à lui payer. Et l'article 1583 explique cela en disant que du moment que la vente est parfaite, l'acquéreur est propriétaire de la chose vendue, à l'égard du vendeur, quoique la chose n'ait point encore été livrée, ni le prix payé.

On voit par ces termes tant de l'article 1582 que de l'article 1583, l'expression propre des règles du droit romain, dans lequel le vendeur promet de faire avoir la chose et s'en démet en faveur de l'acheteur, c'est-à-dire qu'il cède seulement tout le pouvoir moral qu'il a sur elle ; que, s'il la délivre lorsqu'elle appartient à une autre, elle peut être ôtée à l'acheteur par le propriétaire, ce qui alors oblige le vendeur à garantir l'acquéreur de l'éviction. Il n'y a rien de plus dans le Code, où, par les articles 1605 et suivans, on statue sur les moyens par lesquels le vendeur s'acquitte de l'obligation de livrer; et où, par les articles 1625 et suivans, on explique les causes de la garantie, comment et quand le vendeur y est obligé, et quels en sont les effets.

Il est donc évident que dans toute cette conduite les rédacteurs du Code ont totalement perdu de vue le renvoi au titre de la vente fait par l'article 1140.

XI. Il en est de même du renvoi au titre des hypothèques. On a vu que par l'article... de la loi du 11 brumaire an VII, on avait réglé la saisine légale en statuant que les transports n'auraient effet que du jour de la transcription. On comptait sans doute que cette disposition serait conservée; mais lorsque l'on a discuté cette matière, on s'est au contraire élevé contre cette même disposition, en la trouvant destructive de la sûreté des propriétés et de celle des créances hypothéquées. On s'est préoccupé de cette considération que dans le plan de la loi de brumaire an VII les acquéreurs des biens et les créanciers étaient sacrifiés et mis à la discrétion du vendeur, à qui il ne fallait qu'un instant de raison pour dépouiller l'acheteur et le frustrer, ainsi que les créanciers, en souscrivant des engagemens relativement à la chose vendue. En conséquence, les articles 2181 et 2182 ont statué tout l'opposé de cet article de la loi de brumaire an VII. L'article 2181 porte : « Les contrats translatifs de « propriété d'immeubles ou droits réels immo- « biliers, que les *tiers détenteurs voudront purger*

« *de priviléges et hypothèques*, seront transcrits « en entier par le conservateur des hypothèques « dans l'arrondissement duquel les biens sont « situés. »

L'article 2182 : « La simple transcription des « titres translatifs de propriété sur le registre du « conservateur ne purge pas les hypothèques et « priviléges établis sur l'immeuble. »

Il n'y a point d'autres dispositions, et il est évident que dans ces deux articles on a réduit la transcription au seul effet de préparer la purgation des hypothèques.

XII. Ainsi il n'y a pas plus de saisine légale par la transcription que par la clause insérée dans les contrats authentiques, et loin que l'on ait songé à rétablir cet ancien style, on a au contraire autorisé les vendeurs et les acheteurs d'immeubles à faire transcrire leurs contrats sous signatures privées aussi bien que leurs contrats authentiques.

Dans cette situation on ne peut nier qu'il n'y ait une lacune fort considérable sur ce point du saisissement, à l'égard des tiers, dans les ventes et actes de transport équipollant à la vente simple.

On pourra trouver que cette lacune n'a pas un effet bien nuisible dans la simple exécution des contrats, parce que par ce principe *quæ sunt moris et consuetudinis pro legibus habentur*, nous

demeurons dans l'usage où nous étions du saisissement par le simple effet du contrat où la clause de saisine et dessaisine s'écrit toujours ou se supplée comme étant devenue clause de style.

Mais outre qu'il n'en est pas de même dans les pays des anciennes coutumes du nord, dites de *nantissement* ou *de vest et dévest*, la véritable difficulté est la rencontre qui peut se faire tous les jours de deux acquéreurs dont l'un en vertu d'un acte sous seing privé ait reçu la possession, et l'autre prétende l'avoir en vertu de la clause de saisine et dessaisine de son contrat authentique. Enfin, après que l'article 1141 a décidé la question de la préférence de la possession reçue sur l'antériorité du titre en vente de meubles, et que l'article 1140 a laissé la question indécise pour les immeubles, par un envoi qui n'a pas été suivi, comment cette difficulté doit-elle être résolue ?

XIII. Il y a des interprètes qui ont invoqué l'article 1599, en disant : Le second qui acquiert la chose d'autrui, acquiert, quel qu'ait été le titre du premier ; par conséquent son acquisition est nulle.

Ce raisonnement est fautif par plusieurs raisons :

1° C'est faire une mauvaise application de

l'article 1599, qui n'interdit la vente du bien d'autrui, que lorsqu'elle est faite manifestement comme bien d'autrui, le vendeur n'en ayant ni la propriété ni la possession, et le reconnaissant: mais dès que le vendeur vend une chose dont il a et cède la possession ; si elle ne lui appartient pas, le vrai propriétaire réclamant, l'acquéreur n'a que l'action en garantie, qui serait inutilement établie sans cela ;

2° Cette objection n'est qu'une pétition de principes; l'article 1583, disant que la propriété passe à l'acheteur à l'égard du vendeur, établit par cela seul, que toutes les fois qu'il n'y a pas eu une mise en possession constante, il n'y a point de saisissement à l'égard des tiers ; par conséquent qu'en faisant une seconde vente suivie de tradition, le vendeur viole la foi du contrat dans la première ; mais il ne vend pas pour cela la chose d'autrui. Il faut donc toujours décider si la propriété est acquise à l'égard des tiers par la seule antériorité du contrat ou par la mise en possession; or le Code n'ayant rien dit là-dessus, on retourne aux principes exprimés, et la question reste indécise.

Voilà pour la vente et les actes équipollens ; après cela il n'y a que la donation à examiner, tous les autres transports se référant au contrat de vente.

XIV. Cependant il faut observer que la cession de biens, la constitution dotale, l'ameublissement dans la communauté conjugale n'emportent pas toujours le dessaisissement absolu ; il faut donc laisser ces actes à leurs règles propres qui sont expliquées au Code et seraient trop longues à rappeler ici.

XV. Il n'y a que la société dont il faut dire un mot. Lorsque la chose mobilière ou immobilière que l'on met en société y est apportée, c'est une véritable aliénation faite à la société; mais, comme alors tout est consommé, il n'y a point de question de saisissement ; mais cette question a été élevée à l'occasion de l'article 1867 qui y est bien contraire. Cet article porte :

« Lorsque l'un des associés a promis de mettre « en commun la propriété d'une chose, la perte « survenue avant que la mise en soit effectuée, « opère la dissolution de la société, par rapport « à tous les associés. »

On a cru trouver cet article en collision avec l'article 1138, en changeant les termes et disant : *Lorsqu'une chose a été promise à la société*, et l'on procède par ce raisonnement : du moment que la chose est promise à la société, l'obligation de la livrer est parfaite : dès lors la société créancière de cette chose promise en est faite

propriétaire, et la chose est mise à ses risques. C'est donc la société qui doit faire la perte de l'objet, au lieu d'être dissoute. Il faut avouer que ce raisonnement se trouve dans le traité de Pothier ; mais malgré l'autorité de ce grand jurisconsulte, il n'en est pas meilleur.

Comme on ne veut pas qu'il y ait antinomie entre ces deux articles, on dit : l'article 1867 ne doit pas être pris dans un sens absolu. Il faut distinguer : ou l'associé a promis ce qui était dans ses biens, ou il a promis ce qui était hors de ses biens ; c'est à ce dernier cas seulement que s'applique l'article 1867.

Nous demandons où est le fondement de cette distinction ; rien ne l'indique.

C'est aux principes du droit à répondre à la question. On les a bien fait entendre en disant dans l'article : *Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun.*

Celui qui promet de mettre en commun ne perd pas son droit dans la propriété de la chose ; il ne cède donc pas la propriété en faisant cette promesse. Mettre en commun c'est ne céder qu'une partie indivise de la propriété : or une partie indivise qui est cédée ne met pas la chose aux risques de celui à qui elle est cédée. La loi 8 ff *de Periculo et Commodo* s'explique ainsi : *nam perfecta emptione, periculum ad emptorem res-*

*piciet, et si id quod emerit appareat quid, quale, quantum sit et pretium et purè venit, perfecta est emptio.*

Assurément la promesse de mettre en commun n'est pas un transport où l'on voie d'abord *quid, quale, quantum sit.* Celui qui promet de mettre en commun étant partie, reste propriétaire de la partie qui le regarde, et même de tout jusqu'à ce qu'il délivre; or on n'est pas débiteur envers soi-même. Voilà ce qui suffit sans doute pour justifier le sens de l'article du Code et son éloignement de l'article 1138.

Mais, dit-on, la société est un être moral qui se distingue de l'associé, qui en promettant une mise, a deux fonctions, celle de l'homme qui traite et qui aliène, celle de membre de la société qui se confond dans la composition du corps moral envers lequel il s'engage. Mais c'est un raisonnement bien vicieux que celui qui consiste à considérer dans un contrat une personne comme vendeur et acheteur en même temps; il vaut beaucoup mieux reconnaître que cette promesse est *stipulatio incerti* LL 74 et 75 ff *de Verb. obl.*, qui, par conséquent, ne peut recevoir l'application du principe de la loi 8 *de Periculo*, lequel ne s'applique qu'à une vente parfaite dont la chose est déterminée.

Ainsi la société n'est pas dans le cas de la

recherche du principe du saisissement, puisqu'il n'y a de vrai transport en ce sens que lorsque la mise en commun est effectuée, auquel cas, comme je l'ai dit, tout est consommé.

XVI. Il ne nous reste donc que la donation à laquelle il faut revenir. Dans le droit il y a deux sortes de donations faites par les actes entre vifs, la donation à cause de mort ou en considération de la mort du donateur, et la donation entre-vifs. La première n'emportant pas le dessaisissement, ce n'est pas d'elle qu'il peut être ici question. La deuxième au contraire a pour base le dessaisissement actuel du donateur et le saisissement du donataire, sans lequel elle ne peut avoir lieu.

Sans la remise actuelle et irrévocable de la chose donnée, l'expression de la volonté du donateur, dans l'ancien droit romain, n'était qu'un simple pacte qui demeurait sans effet. Pour lever cet inconvénient, on avait imaginé de revêtir le pacte de l'obligation stipulée, et alors, en vertu de cette obligation, le débiteur pouvait être contraint de faire la délivrance, pourvu que ce ne fût pas jusqu'à l'épuisement total de ses facultés, mais seulement *in quantum facere poterat.* Mais comme l'obligation stipulée pouvait s'omettre, Justinien a statué, par une loi spéciale, qu'en vertu

de cette loi, il y aurait action pour contraindre à délivrer, quoique même la stipulation eût été omise. C'est-à-dire que la stipulation a été suppléée par cette loi.

Mais, comme anciennement les lois spéciales de Justinien n'étaient pas reçues dans notre pratique, on y avait maintenu l'ancien droit; c'est-à-dire que la nécessité de la tradition était une forme irritante. C'est ce qui fut conservé par l'ordonnance de 1731, du célèbre d'Aguesseau, où la donation entre vifs a trois formalités nécessaires et irritantes, qui étaient l'acceptation, la tradition et l'insinuation.

La loi de brumaire an VII avait substitué aux deux dernières la transcription, en statuant que la donation n'aurait effet que du moment de la transcription. La transcription y tenait donc en même temps lieu de la tradition et de l'insinuation.

XVII. Le Code a encore modifié ce résultat; mais en en conservant ce qu'il avait d'essentiel.

D'abord par l'article 938 il a statué : « La donation dûment acceptée sera parfaite par le « seul consentement des parties, et la propriété « des objets donnés sera transférée au donataire, « sans qu'il soit besoin d'autre tradition. »

Le saisissement résulte du seul consentement à l'acte; mais il est à observer qu'il faut que la

donation soit passée par-devant notaire. Ainsi on a reporté ici ce que l'on a ôté à la vente, la nécessité de l'authenticité du contrat ; et l'on ne voit pas pourquoi on l'a ôté à la vente, si ce n'est dans des vues ultérieures manifestées par ces renvois de l'article 1140 qui n'ont pas été suivis.

Ce saisissement n'est encore pour les immeubles qu'entre le donateur et le donataire, et sauf l'intérêt contraire des tiers.

En effet, l'article 939 statue ensuite « Que dans les biens susceptibles d'hypothèques la transcription des actes, etc., devra être faite aux bureaux des hypothèques, etc. »

Et l'article 941 : « Que le défaut de transcrip-
« tion pourra être opposé par toute personne
« ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont
« chargées de faire faire la transcription, ou leurs
« ayans-cause, et le donateur. »

Ainsi la donation n'a saisi à l'égard des tiers ayant intérêt, qu'autant qu'elle a été transcrite ; sans cela ils peuvent la maintenir nulle.

Voilà donc une espèce où le saisissement des choses transportées ne suit pas les mêmes règles que dans les actes de vente ou équipollent à vente. On ne peut donc pas chercher une règle de saisissement égale pour les différens actes de transport.

La donation a été conduite dans les vrais principes; se trouvant précéder les transports à titre onéreux, tout ce qui préoccupait à leur égard n'a pu y apporter aucun obstacle. On n'eut qu'à modifier l'application des règles sans les changer essentiellement; ces régles étaient le dessaisissement absolu du donateur, le saisissement irrévocable du donataire et le rapport dans les actes publics à l'égard des tiers qui y avaient intérêt.

On sent que ces tiers intéressés ne sont pas seulement les créanciers existans et inscrits au temps de la donation qui ne pouvait changer leur sort; mais ceux à qui le donateur aurait conféré des droits sur la chose, tant que la donation ne serait pas transcrite, pourvu que ces droits leur eussent été acquis de bonne foi; ou ceux à qui l'ignorance seule de la donation pourrait faire préjudice. C'est pourquoi l'article 941 a mis dans l'exception le donateur et non ses ayans-cause, parce que ceux-ci peuvent ou avoir des droits acquis de bonne foi, ou souffrir du préjudice de ce que la donation leur serait demeurée cachée.

XVIII. On doit sentir que je touche ici la cause des héritiers du donateur. Peuvent-ils ou non opposer le défaut de transcription ? On oppose d'ordinaire que représentant la personne du do-

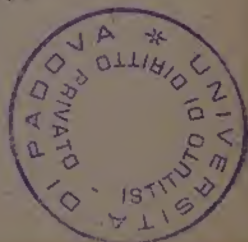
nateur, ils sont tenus de ses faits et promesses, et doivent, malgré le silence du Code, être dans l'exception comme le donataire lui-même. Mais quand on y réfléchit, on voit que le silence du Code est un silence prudent qui a pour objet de laisser apprécier les circonstances.

En effet, il peut arriver que le donateur ait ruiné sa succession par la donation dont l'objet aura absorbé toute la valeur. L'héritier, dans l'ignorance de la donation non transcrite, aura accepté purement et simplement, et se trouvera engagé dans les dettes sans émolument; n'est-ce pas le cas du préjudice dont on a parlé, résultant de ce que la donation est demeurée cachée.

En vain prétend-on que l'héritier qui accepte est toujours censé instruit, et qu'il aurait à se reprocher d'avoir accepté purement et simplement, puisqu'il pouvait user du bénéfice d'inventaire.

Mais assurément la même chose pouvait se dire sur le sujet de l'article 783, où la loi vient au secours de l'héritier majeur qui éprouve la lésion dans le cas où la succession se trouve absorbée ou diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation, et lui accorde la restitution.

Il est évident que, si elle n'a pas accordé le même secours pour le cas où une donation ignorée



absorbe la succession, c'est parce que le remède est dans l'article 941, et que la donation a dû être transcrite; qu'en tout cas c'est un intérêt qui met l'héritier dans le droit d'opposer le défaut de transcription (1).

XIX. Mais en revenant à notre objet principal, il faut avouer qu'il n'y a pas lieu de demander s'il existe un mode uniforme de transmission par actes entre-vifs de tous les droits réels, et quelle est spécialement, pour les droits de propriété, la manière d'acquérir en vertu des conventions soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Il n'y a jamais eu un parfait accord entre les transmissions à titre onéreux et celles à titre gratuit; les principes en sont trop différens, puisque la donation ne porte aucune obligation en elle-même, tandis que le transport à titre onéreux n'est le résultat que d'une obligation.

*Aristo ait : cùm mixtum sit negotium cum donatione obligationem non contrahi eo casu quo donatio est.* (L. 18. ff de donat.)

*Labeo ait : si quis rem mihi alienam donaverit in quam sumptus magnos fecero et sic evincatur,*

---

(1) Je reviens ici volontiers sur ce que j'ai écrit à ce sujet dans le traité des Donations qui fait le second de mon cours de Droit français, tome 1, p. 441, parce qu'en y réfléchissant depuis, j'en ai senti l'erreur.

*nullam mihi actionem contra donatorem competere.* ( D. L. § 3. )

Enfin dans les principes de la vente on dit : *qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit.* (L. 35. 1. ff *de Contrat. empt.*)

Ce qui est ainsi expliqué et confirmé : *Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendiderit, etiam priusquam evincatur utiliter me acturum exempto putavit in id quanti meâ intersit meam esse factam, quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam, ut ejus faciat, quia tamen dolum malum abesse prestare debeat teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendidit.* (L. 30. § 1. ff. *de Act. empt. et vend.*)

XX. Ces principes sont conservés par le Code, qui, d'un côté, article 1599, déclare nulle la vente de la chose d'autrui avec dommages-intérêts quand l'acheteur de bonne foi a été trompé; et d'un autre côté porte, article 1603, le vendeur a deux obligations principales, celle de livrer et celle de garantir la chose qu'il vend.

On reconnaît aisément que les principes de la donation sont fort différens, surtout lorsque la disposition du Code se borne à statuer que, du moment qu'elle est consentie, le donataire

est fait propriétaire de la chose donnée ; tout est consommé ; il n'y a point d'obligation ; il n'y a point non plus d'implication dans la question générale que j'ai combattue, et il faut bien convenir que si le législateur du Code eût voulu que la transmission à titre onéreux eût également l'effet de rendre propriétaire par le seul consentement, et indépendamment de la tradition, il s'en serait expliqué avec la même simplicité.

Ainsi s'il y a une question sur ce point, elle ne regarde que la vente et les actes équipollens, pour lesquels il y a une lacune qu'on doit se borner à désirer de voir fermer par une loi interprétative ou additionnelle.

---

# NOTE

*En réponse à un article de la* Revue Encyclopédique (1), *touchant l'enseignement du Droit romain dans les facultés de Droit du royaume.*

---

On a vu avec beaucoup de surprise un article de la Revue encyclopédique réveiller sur le ton le plus inconvenant les anciennes déclamations contre l'étude et l'usage du Droit romain. On a été surtout frappé de voir cet article couvert de l'autorité d'un nom imposant, du nom d'une personne dont l'ancienne profession et la dignité à laquelle elle est élevée auraient paru une garantie contre une semblable attaque, et surtout contre le style injurieux qui l'exprime.

C'est à l'occasion du livre de l'Interprétation des lois de M. Mailher de Chassan. L'article est ainsi conçu :

« Il parle sans cesse ( M. Mailher ) de Droit
« romain, papal, canonique, surtout des Pan-
« dectes, du Code de Justinien et des Novelles,
« qui désormais ne nous importent guère,

---

(1) 19e volume, 55e livraison, page 67.

« puisqu'heureusement (ce qu'on oublie trop)
« NOTRE CODE CIVIL ET NOTRE CODE CRIMINEL ONT
« DÉFENDU DE CITER, SUR CES CODES, D'AUTRES
« TEXTES QUE CES CODES MÊMES. La seule excuse,
« inadmissible toutefois pour un livre de pra-
« tique, c'est qu'il a été prescrit de s'occuper
« beaucoup dans nos écoles de Droit, d'une por-
« tion indivise DE CES VIELLERIES INCERTAINES ET
« PERNICIEUSES, FONDÉES SUR LE DESPOTISME PUBLIC
« ET L'ESCLAVAGE PRIVÉ, contradictoires entre
« elles et subtiles d'ailleurs jusqu'au ridicule :
« tandis que les lumières de toute bonne législa-
« tion et de toute interprétation des lois, c'est-à-
« dire le droit naturel, le droit public, l'histoire
« du Droit; qui devraient, en vertu de la raison
« et de la loi, briller dans ces mêmes écoles, n'y
« sont plus que des lumières éteintes et prohi-
« bées. »

On croirait, en lisant cette singulière diatribe, qu'elle est d'un de ces hommes superficiels qui n'ont que des connaissances vagues sur tout, et qui ne se sont jamais mis en peine de prendre des idées et des connaissances positives sur rien.

D'abord est-il vrai que le Code civil et le Code criminel portent la défense de citer d'autres textes que les leurs? Nous en demandons pardon à l'auteur : il s'est bien égaré sur les traces de ce document. Il n'y a eu de relatif à son objet, que

la loi du 30 ventôse an XII. Qu'est-ce qu'elle porte? « A compter du jour où ces lois ( du Code « civil) seront exécutoires, les lois romaines, les « ordonnances, les coutumes générales ou locales, « les satuts et règlemens cesseront d'avoir force « de lois générales ou particulières dans les ma- « tières qui sont l'objet des lois composant le « présent Code. »

Il y a bien loin de cette disposition à celles que l'on a supposées : non sans doute, on ne peut plus citer les lois romaines comme des lois; mais est-il défendu de les citer comme source et fondement des lois de nos Codes, et a-t-on pu ignorer que ces lois, qui ne sont que le précis de ce qu'il y avait de plus certain dans notre jurisprudence, sont en très-grande partie tirées des lois romaines auxquelles même elles sont revenues sur beaucoup de points?

Mais écoutons, sur cela, le magistrat jurisconsulte qui a présenté le projet du Code civil : « Le droit écrit, a-t-il dit dans son discours, « qui se compose des lois romaines, a civilisé « l'Europe. La découverte que nos aïeux firent « de la compilation de Justinien fut pour eux « une sorte de révélation; c'est à cette époque « que nos tribunaux prirent une forme plus « régulière, et que le terrible pouvoir de juger « fut soumis à des principes.

« La plupart des auteurs qui censurent le Droit « romain avec tant d'amertume et de légèreté, « blasphèment ce qu'ils ignorent ; on en sera « bientôt convaincu si, dans les collections qui « nous ont transmis ce droit, on sait distinguer « les lois qui ont mérité d'être appelées la raison « écrite d'avec celles qui ne tenaient qu'à des « institutions particulières, étrangères à notre « situation et à nos mœurs : et, si l'on veut dis- « tinguer encore les sénatus-consultes, les édits « des bons princes d'avec les rescrits des empe- « reurs, espèce de législation mendiée, accordée « au crédit ou à l'importunité fabriquée dans « les cours de tant de monstres qui ont désolé « Rome, etc.

« Je voudrais, dit Montesquieu (1), que ceux « qui lisent les lois romaines distinguassent bien « ces sortes d'hypothèses (ces demandes sur les- « quelles se faisaient les rescrits) d'avec les sé- « natus-consultes, les plébiscites, les constitu- « tions générales des empereurs, et toutes les « lois fondées sur la nature des choses, etc. »

Voilà donc les lois que l'on se permet de représenter sans aucune distinction, comme des vieilleries incertaines et pernicieuses, fondées sur le despotisme public et l'esclavage privé !

---

(1) Esprit des lois, livre XXIX, chap. 17.

Quoi! ces règles éternelles et immuables qu'elles retracent à chaque ligne, pour rendre les obligations certaines : celles qui ont donné la forme du contrat aux actes du commerce entre les hommes, et qui ont donné des garanties pour leur exécution; ces lois enfin qui sont la raison écrite, tout cela serait fondé sur le despotisme public et l'esclavage privé !

Nous disons qui sont la raison écrite, nous le disons encore avec Montesquieu qui nous rappelle que (1) « Philippe-le-Bel fit enseigner les « lois de Justinien seulement comme raison « écrite, dans les pays de France qui se gouver- « naient par les coutumes. »

Mais on ajoute qui sont « contradictoires entre « elles et subtiles jusqu'au ridicule. »

Le magistrat, rapporteur du Code civil, répond à ce reproche banal : « On fait le reproche « d'avoir multiplié les subtilités, les compilations, « les commentaires : mais dans quelle science « ne s'est-on pas exposé à le mériter. »

Il faut ajouter ici : Est-ce d'après les Domat et es Pothier, est-ce après tant de travaux pour éclaircir ces lois, est-ce enfin d'après la doctrine consacrée par le Code civil, que l'on est fondé à faire un pareil reproche; et prend-on de bonne

---

(1) Esprit des lois, livre 28, chap. 62.

foi ces exercices des écoles, dirigés pour disposer les étudians à fortifier en eux le goût de l'étude par des recherches utiles, pour la règle du jugement à porter sur l'utilité de ces lois?

« Mais, ajoute l'article, on s'occupe de ces vieilleries, etc., tandis que les lumières de toute « bonne législation et de toute interprétation des « lois, c'est-à-dire le droit naturel, le droit pu- « blic et l'histoire du droit, qui devraient briller « dans ces mêmes écoles, n'y sont plus que des « lumières éteintes et prohibées. »

Voilà sans doute le vrai but de l'article. On en voulait venir à cette plainte sur la suppression des cours dénommés; mais au moins n'était-il pas nécessaire, pour la faire ressortir, de présenter comme pernicieux l'enseignement des lois qui sont le fondement de tout droit.

Les lois romaines, en effet, contiennent et montrent à chaque page tout ce qu'on peut recueillir de connaissances sur ces trois branches regrettées.

Le droit naturel surtout y fait la plus grande partie de leur doctrine. Il y a deux aspects sur le droit naturel : sous un premier aspect, c'est le résultat de ces inspirations de la saine raison, qui donnent à l'équité une assiette fixe, et qui tracent la marche du règlement des intérêts dans

l'immense étendue et l'extrême complication des affaires de l'ordre civil.

Sous le deuxième aspect, tout systématique, on trouve des théories qui n'ont pas toujours été propres à assurer la tranquillité des empires; ce ne serait pas sans doute à cette dernière partie que l'on aurait voulu consacrer ses regrets; mais né paraît-on pas trop méconnaître la première, dont les lois romaines sont le véritable dépôt.

Il faut encore sur cela entendre l'auteur de l'Essai sur l'histoire du Droit naturel, le savant et judicieux Hubner. Il s'exprime ainsi (1):

« Je me dispense de parler plus amplement « des lois civiles romaines, leur excellence, le « cas que l'on en fait, leur durée, la conservation « de leur autorité dans les pays où l'empire de « Rome les avait introduites, et où cet empire « ne subsiste plus depuis tant de siècles; l'appli- « cation avec laquelle on les étudie dans ceux « où il n'a jamais été question de cette domina- « tion romaine; les éloges qu'on leur donne « partout, et qu'elles méritent effectivement, « tout cela fait assez connaître sur quel fonde- « ment elles doivent être dressées; mais l'expli- « cation de tout cela demanderait plusieurs vo-

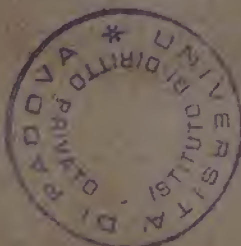
(1) Essai sur l'histoire du Droit naturel, première partie, § 17, page 443.

« lumes. Je remarque donc simplement que des « jurisconsultes du premier ordre ont prétendu « faire voir que ces lois contiennent et expliquent « exactement tout le Code de l'humanité ; quel- « ques-uns ont même porté si loin la vénération « qu'ils avaient pour elles, qu'ils ont soutenu « qu'on pouvait très-bien se passer de l'étude du « droit naturel, pourvu qu'on sût et qu'on en- « tendît le droit civil romain. »

J'ai considéré comme de mon devoir de prévenir les étudians contre cette injuste attaque du droit même que je leur enseigne, et je pense qu'ils n'hésiteront pas à regarder avec moi l'expression de cet article comme une de ces aberrations presque naturelles à ceux qu'un esprit de secte ou de parti a su une fois dominer. Malheureusement pour notre humanité, trop d'hommes ayant d'ailleurs un bon esprit et la vertu dans le cœur, n'en sont pas toujours exempts : c'est ce que l'on ne saurait trop plaindre et trop regretter.

---





*piciet, et si id quod emerit appareat quid, quale, quantum sit et pretium et purè venit, perfecta est emptio.*




Assuré
n'est pas
*quale*, q
en com
la partie
ce qu'il
soi-mêm
justifier
gnement
Mais,
se disting
mise, a
traite et
ciété qui
moral e
sonnem
considé
vendeur
beaucou
est *stipu*
qui, par
tion du
s'appliq
est déter

Ainsi la société n'est pas dans le cas de la



recherche du principe du saisissement, puisqu'il n'y a de vrai transport en ce sens que lorsque




l cas,
tion à
deux
entre
consi-
nation
e des-
t être
a pour
eur et le
l elle ne
de la
u do-
qu'un
lever
étir le
vertu
con-
ce ne
ultés,
. Mais
comme l'obligation stipulée pouvait s'omettre, Justinien a statué, par une loi spéciale, qu'en vertu